

Ontwikkelingen in het vrije verkeer van goederen

179

K. Lenaerts*

Kamiel Mortelmans heeft veel gepubliceerd over het vrije verkeer van goederen. In een baanbrekend artikel uit 1991 gaf hij aan dat de tijd rijp was voor een verfijning van de rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna: HvJ) in verband met het toenmalige artikel 30 EEG (nu artikel 34 VWEU) en maakte daarbij een onderscheid tussen productvoorschriften en wetgeving in verband met marktomstandigheden.¹ Hij gaf daarmee een onmiskenbare aanzet tot de verduidelijking van de notie van maatregelen van gelijke werking (hierna: MGW) als kwantitatieve invoerbeperkingen in de rechtspraak van het HvJ. Het lijkt me daarom gepast hem hulde te brengen met een bijdrage over dit onderwerp.

Artikel 34 VWEU bepaalt dat kwantitatieve beperkingen en alle MGW tussen de lidstaten verboden zijn. Voor een precies begrip van de notie MGW moet worden teruggegrepen naar de drie basisarresten ter zake, namelijk *Dassonville*,² *Cassis de Dijon*³ en *Keck*.⁴

In *Dassonville* oordeelde het HvJ dat 'iedere handelsregeling der lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, als een [MGW] als kwantitatieve beperkingen is te beschouwen'⁵ en dus in principe verboden is door artikel 34 VWEU. De *Dassonville*-formule hanteert een ruime definitie van MGW. Zo volstaat het dat maatregelen potentiële en indirecte gevolgen hebben op de handel binnen de Europese Unie (EU) om als MGW te worden beschouwd. Vermits de formule op de effecten van de betrokken maatregel focust, vallen heel veel nationale maatregelen binnen haar toepassingsgebied. Zo zijn bijv. maatregelen die de import of de distributie van een product reguleren of die bepalingen bevatten in verband met de etikettering of de samenstelling van een product of de prijs waartegen dit mag worden verkocht, alle MGW. De *Dassonville*-formule omvat dus niet alleen rechtstreeks discriminerende maatregelen, die specifieke vereisten opleggen in verband met invoer, maar ook maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en ingevoerde producten maar die in feite niettemin een bijzondere last opleggen aan de laatste

categorie ('eenzelfde last in rechte, maar een verschillende last in feite').

In *Cassis de Dijon* paste het HvJ het beginsel van wederzijdse erkenning toe in de context van het vrije verkeer van goederen. Volgens het HvJ 'zijn de belemmeringen van het vrije verkeer van goederen die bij gebreke van harmonisatie van de wettelijke regelingen voortvloeien uit de toepassing op goederen uit andere lidstaten, waar zij rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel gebracht, van voorschriften betreffende de voorwaarden waaraan die goederen moeten voldoen, ook indien die voorschriften zonder onderscheid op alle producten van toepassing zijn',⁶ door artikel 34 VWEU – in principe – verboden MGW. Deze maatregelen kunnen evenwel worden gerechtvaardigd niet alleen op grond van een of meerdere motieven die in artikel 36 VWEU zijn vermeld, maar ook op grond van een niet exhaustieve lijst dwingende vereisten van algemeen belang.

Het beginsel van wederzijdse erkenning ontketende een ware 'revolutie' voor de interne markt vermits het de bewijslast verschuift van de economische operator naar de gastlidstaat, die zijn wetgeving moet rechtvaardigen.

Daarenboven volgt dit beginsel een 'markttoegang'-ratio. Dit betekent dat in de nasleep van *Cassis de Dijon* de vraag of een nationale maatregel importen discrimineert minder het voorplan vormt van de analyse van het HvJ.

Het gecombineerd effect van de brede definitie van MGW in *Dassonville* en het beginsel van wederzijdse erkenning in *Cassis de Dijon* moedigde economische operatoren aan om allerhande nationale regelingen in vraag te stellen die op een of andere manier hun commerciële vrijheid beperkten, ook wanneer deze regelingen niet specifiek van toepassing waren op producten uit andere lidstaten. De meest diverse marktmaatregelen werden aangevochten zoals regels die bepalen 'wanneer', 'waar', 'hoe' en 'door wie' een product mag worden verhandeld. Deze regels zijn over het algemeen niet van toepassing op producenten of invoerders, maar bepalen eerder op welke wijze wederverkopers hun activiteiten kunnen uitoefenen. Men kan dus stellen dat vele rechtszaken waarin beide

* Koen Lenaerts is president van het Hof van Justitie van de Europese Unie, Buitengewoon hoogleraar, Instituut voor Europees recht, K.U.Leuven en redacteur van dit tijdschrift. Alle uitgedrukte opinies zijn persoonlijk.

1 K.J.M. Mortelmans, 'Article 30 of the EEC Treaty and Legislation Relating to Market Circumstances: Time to Consider a New Definition', *CML Rev.* 1991, Vol. 28, p. 115. Zie verder ook K.J.M. Mortelmans, 'Artikel 30 EEG en marktomstandigheden-wetgeving: op de drempel van een nieuwe definitie?', *TvC* 1990, p. 278.

2 HvJ EG 11 juli 1974, 8/74, *Jur.* 1974, p. 837 (*Dassonville*).

3 HvJ EG 20 februari 1979, 120/78, *Jur.* 1979, p. 649 (*Rewe-Zentral of Cassis de Dijon*).

4 HvJ EG 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91, *Jur.* 1993, p. I-6097 (*Keck en Mithouard*).

5 HvJ EG 11 juli 1974, 8/74, *Jur.* 1974, p. 837 (*Dassonville*), r.o. 5.

6 HvJ EG 20 februari 1979, 120/78, *Jur.* 1979, p. 649 (*Rewe-Zentral of Cassis de Dijon*), r.o. 6, 14 en 15, zoals geherformuleerd in HvJ EG 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91, *Jur.* 1993, p. I-6097 (*Keck en Mithouard*), r.o. 28.

voornoemde arresten werden ingeroepen er niet in de eerste plaats op gericht waren om belemmeringen van de interstatelijke handel binnen de EU terzijde te schuiven, maar wel om economische operatoren toe te laten hun handelsactiviteiten uit te oefenen onder meer geliberaliseerde marktvorwaarden.

De *Dassonville*-interpretatie van artikel 34 VWEU leidde dus onvermijdelijk tot vragen over de toelaatbaarheid van nationale wetgevingen met betrekking tot de omstandigheden waaronder goederen kunnen worden verhandeld, die weliswaar niet tot doel hebben het goederenverkeer tussen de lidstaten te regelen maar toch de omvang van de verkoop binnen een lidstaat en dus ook de verkoop van producten uit andere lidstaten beperken.⁷ Zo sprak het HvJ enkele omstreden prejudiciële arresten uit over regelingen inzake zondagssluiting.⁸ De vraag rees of dergelijke indirecte invloed op het vrije goederenverkeer volstond om de betrokken regelingen aan te merken als verboden MGW.

Dit alles zette het HvJ ertoe aan om in *Keck*⁹ zijn rechtspraak te herzien en te verduidelijken. Het HvJ oordeelde in rechtsoverwegingen 16 en 17 van dit arrest als volgt:

‘In afwijking van de eerdere rechtspraak moet echter worden aangenomen, dat als een maatregel die de handel tussen de lidstaten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren in de zin van de *Dassonville*-rechtspraak (...), niet kan worden beschouwd de toepassing op producten uit andere lidstaten van nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, mits die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten.

Wanneer aan die voorwaarden is voldaan, heeft immers de toepassing van dergelijke regelingen op de verkoop van producten uit een andere lidstaat, die aan de door die staat vastgestelde voorschriften voldoen, niet tot gevolg, dat voor die producten de toegang tot de markt wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt dan voor nationale producten het geval is. Die regelingen vallen derhalve niet binnen de werkingssfeer van artikel [28 VWEU].’

Het doel dat het HvJ voor ogen had in *Keck* was rechtszekerheid te scheppen. Het paste een eenvoudige regel toe

die duidelijk aangeeft welke nationale maatregel binnen dan wel buiten het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU valt. Het HvJ maakte daarbij een onderscheid tussen verkoopmodaliteiten en voorschriften betreffende de voorwaarden waaraan goederen moeten voldoen (zoals voorschriften met betrekking tot hun benaming, hun vorm, hun afmetingen, hun gewicht, hun samenstelling, hun aanbiedingsvorm, hun etikettering of hun verpakking).¹⁰

Keck onttrok nationale regelingen inzake verkoopmodaliteiten die niet discriminerend werken, aan het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU. Daarentegen zijn voorschriften betreffende de voorwaarden waaraan goederen uit andere lidstaten – waarin deze goederen rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel zijn gebracht – moeten voldoen, wel als MGW te beschouwen, ook indien die voorschriften zonder onderscheid op alle producten van toepassing zijn.¹¹ Zulke voorschriften belemmeren immers meestal de toegang tot de markt van de lidstaat in kwestie en blijven dus vallen onder de *Dassonville*- en *Cassis de Dijon*-rechtspraak.

Zowel advocaten-generaal (A-G's) van het HvJ als academici hebben kritiek geuit op *Keck* en blijven dit doen.¹² *Keck* lijkt te ruim omdat het toelaat dat bepaalde nationale maatregelen die markttoegang beperken buiten het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU blijven. A-G Jacobs benadrukte in dit verband in *Leclerc-Siplec* dat het discriminatiecriterium, dat door het HvJ werd gevolgd in *Keck* voor verkoopmodaliteiten, niet voldoende was om het risico van marktfragmentatie tegen te gaan, ‘doordat de handelaren zich (...) moeten schikken naar de in de respectieve lidstaten bestaande beperkingen inzake verkoopmodaliteiten en hun eigen verkoopmodaliteiten dienovereenkomstig voor elke staat (...) moeten aanpassen’.¹³

Daarenboven werd het in *Keck* gemaakte onderscheid als kunstmatig ervaren. Er wordt terecht op gewezen dat er andere regelingen bestaan dan productvoorschriften en verkoopmodaliteiten die in aanmerking komen voor de toepassing van artikel 34 VWEU.¹⁴

Toen het HvJ in de recentere zaken *Commissie/Italië*¹⁵ en *Mickelsson en Roos*¹⁶ geconfronteerd was met maatregelen die op het eerste gezicht niet als verkoopmodaliteiten

7 Zie K.J.M. Mortelmans, ‘Article 30 of the EEC Treaty and Legislation Relating to Market Circumstances: Time to Consider a New Definition?’, *CML Rev.* 1991, Vol. 28, p. 115.

8 Zie bijv. HvJ EG 23 november 1989, C-145/88, *Jur.* 1989, p. 3851 (*Torfaen Borough Council*). Zie hierover K.J.M. Mortelmans, ‘Zondagssluitingswetgeving, wie beslist: Staphorst of Brussel?’, *AA* 1993, p. 484.

9 HvJ EG 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91, *Jur.* 1993, p. I-6097 (*Keck en Mithouard*).

10 *Ibid.*, r.o. 15-16.

11 HvJ EG 10 februari 2009, C-110/05, *Jur.* 2009, p. I-519 (*Commissie/Italië*), r.o. 35 en 37; HvJ EG 4 juni 2009, C-142/05, *Jur.* 2009, p. I-4273 (*Mickelsson en Roos*), r.o. 24.

12 Zie, bijv., K.J.M. Mortelmans, ‘De Keck-check’, *NtEr* 2005, afl. 11/12, p. 247; A. Tryfonidou, ‘Was Keck A Half-baked Solution After All?’, *Legal Issues of Economic Integration* 2007, 34, p. 167; conclusie A-G F. Jacobs 9 februari 1995, C-412/93, ECLI:EU:C:1994:3931995 (*Leclerc-Siplec*), punt 38-42; conclusie A-G Y. Bot 8 juli 2008, C-110/05, ECLI:EU:C:2008:386 (*Commissie/Italië*), punt 78-86.

13 Zie conclusie A-G F. Jacobs 9 februari 1995, C-412/93, ECLI:EU:C:1994:3931995 (*Leclerc-Siplec*), punt 40.

14 K.J.M. Mortelmans, ‘De Keck-check’, *NtEr* 2005, afl. 11/12, p. 247.

15 HvJ EG 10 februari 2009, C-110/05, *Jur.* 2009, p. I-519 (*Commissie/Italië*).

16 HvJ EG 4 juni 2009, C-142/05, *Jur.* 2009, p. I-4273 (*Mickelsson en Roos*).

noch als productvoorschriften konden worden gekwalificeerd rees de vraag of het HvJ *Keck* verder zou verfijnen dan wel zijn rechtspraak zou heroriënteren.

*Commissie/Italië*¹⁷ betrof een procedure wegens niet-nakoming onder ex-artikel 226 EG (nu artikel 258 VWEU). Volgens de Commissie was de Italiaanse Republiek de krachtens artikel 28 EG (nu artikel 34 VWEU) op haar rustende verplichtingen niet nagekomen door het trekken van een aanhangwagen door bromfietsen, motorfietsen, driewielers en vierwielers (hierna: motorfietsen) te verbieden. Immers, volgens de Commissie, verhinderde dit verbod het gebruik in Italië van aanhangwagens die in andere lidstaten rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel gebracht en beperkte het zo de invoer en verkoop van deze goederen in Italië.

*Mickelsson en Roos*¹⁸ had eveneens betrekking op een regeling die het gebruik van een bepaald goed, namelijk waterscooters, beperkte. Deze zaak betrof een prejudiciële verwijzing voor het HvJ van een Zweedse rechter in het kader van strafrechtelijke procedures tegen Mickelsson en Roos omdat zij een waterscooter hadden bestuurd buiten de openbare vaarwegen. De lokale overheden konden volgens de Zweedse regeling weliswaar andere gebieden dan de openbare vaarwegen aanduiden voor het gebruik van waterscooters maar hadden nagelaten dit te doen. Vermits openbare vaarwegen bestemd zijn voor het zware commerciële scheepvaartverkeer en dus gevaarlijk voor het gebruik van waterscooters, zouden de reële mogelijkheden om dergelijke scooters in Zweden te gebruiken slechts marginaal zijn. De verwijzende rechter zocht daarom te weten of artikel 34 en 36 VWEU zich verzetten tegen de Zweedse regeling in verband met het gebruik van waterscooters.

In wezen waren de verschillende partijen die opmerkingen hebben neergelegd voor het HvJ verdeeld in twee kampen. De Commissie betoogde dat regels in verband met het gebruik van een goed binnen het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU vallen. Daarentegen betoogden sommige lidstaten dat *Keck*¹⁹ naar analogie zou moeten worden toegepast op niet-discriminerende 'gebruiksmodaliteiten'. De A-G's die deze zaken behandelden kwamen ook niet tot een unaniem oordeel.²⁰

In beide zaken oordeelde het HvJ dat 'gebruiksmodaliteiten' binnen het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU

vallen. Het HvJ verduidelijkte daarbij de reikwijdte van artikel 34 VWEU. Uit *Commissie/Italië* en *Mickelsson en Roos* blijkt dat drie categorieën van maatregelen dienen te worden onderscheiden, met name productvoorschriften, verkoopmodaliteiten en 'alle andere maatregelen'.

In de eerste plaats blijven productvoorschriften vallen onder de *Dassonville*- en *Cassis de Dijon*-rechtspraak. De toepassing van dergelijke voorschriften op producten die in een andere lidstaat rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel zijn gebracht, is slechts verenigbaar met artikel 34 VWEU wanneer die voorschriften gegrond zijn op een wettig belang dat door de EU-rechtsorde wordt erkend en verder het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen.

In de tweede plaats bevestigen *Commissie/Italië* en *Mickelsson en Roos* dat *Keck* 'good law' blijft. Verkoopmodaliteiten in verband met bepaalde goederen die rechtens en feitelijk de importen van deze goederen niet discrimineren, verhinderen de markttoegang van deze goederen niet en vallen dus niet binnen het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU. Dit werd nogmaals bevestigd in het nog recentere arrest *Ker-Optika*.²¹ In deze zaak oordeelde het HvJ dat een nationale maatregel die de verkoop van contactlenzen via het internet verbood betrekking had op een verkoopmodaliteit.²² Het HvJ onderzocht daarom volledig in lijn met *Keck* 'of [dit verbod] van toepassing is op alle betrokken marktdeelnemers die op het nationale grondgebied hun activiteit uitoefenen en of [het] zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed heeft op de verkoop van nationale producten en van producten uit andere lidstaten'.²³ Verwijzend naar zijn arrest in *Deutscher Apothekerverband*,²⁴ oordeelde het HvJ dat aan deze laatste voorwaarde niet was voldaan vermits het verbod 'de marktdeelnemers uit andere lidstaten een bijzonder doeltreffende modaliteit voor de verkoop van deze producten ontzegt en de toegang van laatstgenoemden tot de markt van de betrokken lidstaat dus aanzienlijk hindert'.²⁵ Het verbod dat aan de orde was in *Ker-Optika* was dus discriminerend en viel daarom binnen de werkingssfeer van artikel 34 VWEU.

In de derde plaats volgt uit *Commissie/Italië* en *Mickelsson en Roos* dat, net zoals dit het geval is voor de andere fundamentele vrijheden, het markttoegangs criterium van toepassing is op de bepalingen van het Verdrag in verband met het vrije verkeer van goederen, die belemmeringen bij zowel import als export willen verhinderen.²⁶

17 HvJ EG 10 februari 2009, C-110/05, *Jur.* 2009, p. I-519 (*Commissie/Italië*).

18 HvJ EG 4 juni 2009, C-142/05, *Jur.* 2009, p. I-4273 (*Mickelsson en Roos*).

19 HvJ EG 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91, *Jur.* 1993, p. I-6097 (*Keck en Mithouard*).

20 Conclusie A-G Ph. Léger 5 oktober 2006, C-110/05, ECLI:EU:C:2006:646 (*Commissie/Italië*) en na heropening van de mondelinge behandeling, conclusie A-G Y. Bot 8 juli 2008, C-110/05, ECLI:EU:C:2008:386 (*Commissie/Italië*); conclusie A-G J. Kokott 14 december 2006, C-142/05, ECLI:EU:C:2006:782 (*Mickelsson en Roos*).

21 HvJ EU 2 december 2010, C-108/09, *Jur.* 2010, p. I-12213 (*Ker-Optika*).

22 *Ibid.*, r.o. 45.

23 *Ibid.*, r.o. 52.

24 HvJ EG 11 december 2003, C-322/01, *Jur.* 2003, p. I-14887 (*Deutscher Apothekerverband*), r.o. 74.

25 HvJ EU 2 december 2010, C-108/09, *Jur.* 2010, p. I-12213 (*Ker-Optika*), r.o. 54.

26 Wat exportbelemmeringen betreft wordt dit verder nog bevestigd in *Gysbrechts* waarin het HvJ oordeelde dat artikel 35 VWEU van toepassing is op maatregelen die, alhoewel ze op gelijke wijze van toepassing zijn op goederen die worden uitgevoerd of worden verhandeld op de nationale markt, een gevolg hebben dat 'niettemin nadeliger is voor de uitvoer van producten van de markt van de uitvoerende lidstaat dan voor de handel

De markttoegangstest werd onlangs nog bevestigd in *Commissie/Spanje*.²⁷ In deze zaak oordeelde het HvJ dat een Spaanse regeling die als voorwaarde stelt voor het verkrijgen van een ‘vergunning voor als nevenactiviteit verricht goederenvervoer voor eigen rekening’, dat het eerste voertuig van het wagenpark van de betrokken onderneming maximaal vijf maanden oud mag zijn, terug te rekenen vanaf de eerste registratie van dit voertuig, een MGW vormt die in strijd is met artikel 34 VWEU omdat deze maatregel de toegang tot de markt van een lidstaat voor uit andere lidstaten afkomstige ‘oudere’ voertuigen belemmert.²⁸

Deze markttoegangbenadering wordt ook toegepast voor wat betreft verkoopmodaliteiten. *Keck* bevat immers een onweerlegbaar vermoeden dat niet-discriminerende verkoopmodaliteiten op zich de toegang tot de markt niet verhinderen.²⁹

Logischerwijze rijst dan de vraag hoe het HvJ de markttoegangstest toepast op niet-discriminerende maatregelen die noch productvoorschriften noch verkoopmodaliteiten zijn. Uit *Commissie/Italië* en *Mickelsson en Roos* blijkt dat het onweerlegbaar vermoeden van *Keck* niet van toepassing is op dergelijke maatregelen. Uit deze arresten blijkt wel dat maatregelen (i) die een totaal gebruiksverbod opleggen, of (ii) die ‘tot gevolg hebben dat gebruikers [van een goed dit] niet kunnen gebruiken op een wijze die kenmerkend is voor en inherent aan [dit goed]’ of (iii) die als gevolg hebben ‘het gebruik [van een goed] aanzienlijk [te] beperk[en]’,³⁰ onder artikel 34 VWEU vallen. Maar wat betekent ‘aanzienlijk’? Vallen ‘gebruiksmodaliteiten’ daaronder die de toegang tot de markt voor een product iets moeilijker maken? En betekent dit dat het HvJ een *de-minimis*-test zou hanteren terwijl het stelselmatig een dergelijke test heeft afgewezen wat de toepassing betreft van de bepalingen van het VWEU in verband met het vrije verkeer?

In elk geval staat vast dat maatregelen waarvan het effect op de handel binnen de EU te ‘onzeker en indirect’ is buiten het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU val-

len.³¹ Verder valt het niet uit te sluiten dat de hierboven vermelde derde categorie van maatregelen die het gebruik van een goed ‘aanzienlijk’ beperken niet echt een autonoom karakter heeft ten aanzien van de tweede categorie. Zo verwijst het HvJ in *Commissie/Spanje*³² naar maatregelen die het ‘normale gebruik’ van een goed beperken zonder een verder onderscheid te maken tussen de twee bovenvermelde categorieën.

Commissie/Italië en *Mickelsson en Roos* tonen ook aan dat, wanneer het HvJ de verenigbaarheid van een maatregel met artikel 34 VWEU onderzoekt, het oog heeft voor de gevolgen van een dergelijke maatregel niet alleen voor de economische operatoren, maar ook voor de consumenten. In beide zaken oordeelde het HvJ dat de betrokken maatregel de markttoegang verhinderde omdat het verbod ‘een aanzienlijke invloed heeft op het consumentengedrag’.³³ Wanneer een maatregel het gebruik van een goed verbiedt, zullen de consumenten een dergelijk goed niet aankopen en zullen de economische operatoren bijgevolg een dergelijk goed niet invoeren. Het consumentengedrag is daarom een belangrijke factor die nationale rechters in overweging moeten nemen bij het onderzoek of een maatregel de markttoegang verhindert.³⁴

Wat de rechtvaardiging van de onderzochte maatregelen betreft, volgde het HvJ niet de conclusies van de A-G’s.³⁵ In beide zaken bevestigde het HvJ inderdaad de verenigbaarheid van de nationale maatregel met het EU-recht. In *Commissie/Italië* paste het HvJ daarbij een ‘zachte’ versie van het evenredigheidsbeginsel toe. Het HvJ erkende weliswaar dat maatregelen die minder restrictief zijn voor het vrije verkeer van aanhangwagens denkbaar zijn, maar oordeelde niettemin dat lidstaten gerechtigd zijn met het oog op het verzekeren van de verkeersveiligheid om een algemene en eenvoudige regel op te leggen die de bestuurders gemakkelijk kunnen begrijpen en die door de bevoegde autoriteiten zonder moeilijkheden kan worden gehandhaafd en gecontroleerd.

In *Mickelsson en Roos* onderzocht het HvJ meer nadrukkelijk de evenredigheid van de beperkende maatregel,

in producten op de nationale markt van die lidstaat’ (HvJ EG 16 december 2008, C-205/07, *Jur.* 2008, p. I-9947 (*Gysbrechts en Santurel Inter*), r.o. 43).

27 HvJ EU 3 april 2014, C-428/12, ECLI:EU:C:2014:218 (*Commissie/Spanje*).

28 *Ibid.*, r.o. 29-33.

29 Mortelmans bekritiseert dit onweerlegbaar vermoeden voor wat betreft reclameregelingen die in de rechtspraak van het HvJ als verkoopmodaliteiten worden beschouwd. Dergelijke regelingen kunnen immers wel de toegang tot de markt van producten uit andere lidstaten beperken. Volgens hem zou een beperktere interpretatie van de notie verkoopmodaliteiten een oplossing kunnen brengen: zie K.J.M. Mortelmans, ‘De Keck-check’, *NtEr* 2005, afl. 11/12, p. 247.

30 HvJ EG 4 juni 2009, C-142/05, *Jur.* 2009, p. I-4273 (*Mickelsson en Roos*), r.o. 28.

31 HvJ EG 7 maart 1990, 69/88, *Jur.* 1990, p. I-583 (*Krantz*), r.o. 11.

32 HvJ EU 3 april 2014, C-428/12, ECLI:EU:C:2014:218 (*Commissie/Spanje*), r.o. 32.

33 HvJ EG 10 februari 2009, C-110/05, ECLI:EU:C:2014:218 (*Commissie/Italië*), r.o. 56. Zie ook HvJ EU 3 april 2014, C-428/12, *Jur.* 2001, p. I-1795 (*Commissie/Spanje*), r.o. 30.

34 Hetzelfde geldt wanneer moet worden nagegaan of een maatregel discriminerende effecten heeft. Zie in dit verband HvJ EG 8 maart 2001, C-405/98, *Jur.* 2001, p. I-1795 (*Gourmet*), r.o. 21, waarin het HvJ vaststelde dat ‘voor producten zoals alcoholhoudende dranken, waarvan de consumptie verbonden is met traditionele sociale gebruiken en lokale gewoonten, een verbod op alle voor consumenten bestemde reclame door middel van advertenties in de pers en op radio en televisie, door het ongevaagd rechtstreeks toezenden van materiaal of door aanplakking op de openbare weg, de toegang tot de markt van producten uit andere lidstaten sterker zal bemoeilijken dan van nationale producten, waarmee de consument natuurlijk meer vertrouwd is’.

35 Conclusie A-G Ph. Léger 5 oktober 2006, C-110/05, ECLI:EU:C:2006:646 (*Commissie/Italië*) en na heropening van de mondelinge behandeling, conclusie A-G Y. Bot 8 juli 2008, C-110/05, ECLI:EU:C:2008:386 (*Commissie/Italië*); conclusie A-G J. Kokott 14 december 2006, C-142/05, ECLI:EU:C:2006:782 (*Mickelsson en Roos*).

meer bepaald of de betrokken nationale maatregel vrij was van interne contradicties. Vermits de Zweedse wetgeving bepaalde dat de lokale overheden de gebieden buiten de openbare vaarwegen aanwijzen waarin waterscooters mogen worden gebruikt, oordeelde het HvJ dat een algemeen verbod om dergelijke scooters buiten de openbare vaarwegen te gebruiken een maatregel was die verder ging dan noodzakelijk om het doel van milieubescherming te bereiken. De evenredigheid van de Zweedse regeling hing meer bepaald af van de uitvoeringsmaatregelen van de lokale overheden. Daarom benadrukte het HvJ dat deze overheden binnen een redelijke termijn de gebieden moesten aanduiden buiten de openbare vaarwegen waarbinnen scooters kunnen worden gebruikt.

Dit type van evenredigheidstest werd ook toegepast in *Sandström*.³⁶ Deze zaak betrof een strafprocedure ingesteld tegen Sandström omdat hij een jetski had gebruikt buiten de door het provinciebestuur van Stockholm aangewezen gebieden. De feitenconstellatie was dus anders dan in *Mickelsson en Roos*, want in *Sandström* had het provinciebestuur daadwerkelijk de gebieden buiten de openbare vaarwegen aangeduid waarbinnen waterscooters konden worden gebruikt. Dit bood aan het HvJ de gelegenheid om zijn rechtspraak verder te verfijnen. Het HvJ stelde dat de nationale rechter moest nagaan of de lokale overheid eventueel had nagelaten gebieden aan te duiden

waarbinnen het gebruik van waterscooters geen onaanvaardbaar geachte risico's of hinder voor het milieu meebracht. Indien dit het geval zou zijn, dan zou de betrokken nationale maatregel het evenredigheidsbeginsel schenden.³⁷ Verder was het aan de nationale rechter om na te gaan of de periode van 11 maanden voor het aannemen van het besluit van het provinciebestuur redelijk was. Daarbij moet de nationale rechter echter wel rekening houden met het feit dat het provinciebestuur zijn besluit genomen heeft na raadpleging van de betrokken gemeenten en andere partijen.³⁸

Conclusies

Algemeen kan dus worden gesteld dat een nationale maatregel een MGW vormt wanneer hij ingevoerde producten discrimineert of minstens de toegang ervan tot de markt van de betrokken lidstaat belemmert. Een regeling die het gebruik van een bepaald product verbiedt of het normale gebruik van een product beperkt, zelfs indien zij van toepassing is zonder onderscheid naar herkomst, wordt ook als een MGW beschouwd. Immers, een dergelijke regeling verhindert dat er in de betrokken lidstaat een vraag naar een dergelijk product ontstaat, of beperkt in elk geval wezenlijk deze vraag, en belemmert dus de toegang van dit product tot de markt van die lidstaat.

³⁶ HvJ EU 15 april 2010, C-433/05, *Jur.* 2010, p. I-2885 (*Sandström*).

³⁷ *Ibid.*, r.o. 38.

³⁸ *Ibid.*, r.o. 39.